4º

✠

POR

DON IVAN FELIPE DE Cardenas, Cauallero de la Orden de Calatraua, hijo, y heredero de don Garcia de Cardenas.

EN El Pleyto.

CON

Don Francisco de Carauajal, Cauallero de la Orden de Alcantara.

SOBRE

La donacion que hizo don Iacinto de Luna, de quien es heredero el dicho don Francisco de Carauajal, a Don Garcia de Cardenas, de mil nouecientos y cinquenta y tres reales y siete marauedis de renta en cada vn año; y sobre la imposicion de censo que hizo el dicho don Iacinto a fauor de don Fernando de Meneses Pacheco, con facultad Real de dos mil ducados de principal, en cuyo derecho ha sucedido el dicho don Iuan Felipe de Cardenas.

1 DON Iuan Felipe de Cardenas pretende, que el Consejo se ha de seruir de absoluerle, y darle por libre de la demanda puesta por el dicho don Francisco Carauajal; assi en quanto a la donacion, como en quanto a la venta.

 Y pa-

2 Y para proceder con toda claridad, se supone en el hecho lo siguiente.

3 Que doña Maria de Luna Meneses, aguela del dicho don Iacinto de Luna, siendo viuda hizo donacion inter viuos, a don Antonio de Luna su nieto, de vn censo de 2.qs.66U182. marauedis de principal, que gozaua sobre el Estado de Cifuentes, dize la clausula, ibi: *Y despues de mis dias, è vida ha de gozar, è desfrutar el dicho don Antonio de Luna los reditos que corrieren en adelante del dicho censo, a los plazos, y pagas del, como hazienda propria suya, con condicion que le pongo, que no pueda vender, ni enagenar el principal del dicho censo, ni parte dèl, ni obligarle, ni hipotecarle a censo, ni a otra deuda alguna, sino que siempre le ha de tener, posseer, y gozar para sus alimentos, para sustentarse conforme r su calidad; Y por su fin, y muerte, sucedā en el dicho censo sus hijos legitimos, si los tuuiere, y sus descendientes, prefiriendo el varon a la hembra, y el mayor al menor. Y a falta del dicho don Antonio, y de sus hijos, y descendientes legitimos, suceda en el dicho censo, don Iacinto, y don Francisco de Luna y Meneses, ansimismo mis nietos, hijos legitimos de los dichos señores dō Francisco de Carauajal, y doña Geronima de Luna su muger, y mi hija, los quales ayan para si el dicho censo, y sucedan en èl, como en hazienda suya propia, lleuādo cada vno dellos la cantidad de los dichos frutos, y rentas del dicho censo en cada vn año para si, le tengan, y posean, hasta que qualquiera dellos muera, y passe desta presente vida. Y a falta del que muriere, el que quedare viuo suceda en la mitad del dicho censo que posseia el difunto; de modo, que el que viuiere ha de gozar para si el dicho censo enteramente, con el dicho cargo de no le poder vender, acensuar, ni hipotecar en manera alguna, y le tenga, y possea por todos sus dias, è vida: Y en muriendo el vltimo de los dichos tres hermanos, hereden el dicho censo principal, y reditos dèl, sus herederos que le quedaren, sin grauamen alguno. Y en quanto al dicho don Antonio de Luna, y sus hijos, y descendientes, y los dichos don Ia*

cinto

cinto, y don Francisco de Luna, les vinculo el principal del dicho censo, para que vayan sucediendo por la formn que và referida, en tal manera, que en caso que le vendan, ò enagenen, acensuen, ò hipotequen, todo sea en si ninguno, y de ningun valor, ni efecto, y los sucessores en el dicho censo no tengan obligacion a pagar el censo, ni passar por la venta, enagenacion, ò hipoteca, como obligacion que se hizo sobre bienes agenos, y no de la persona que lo tal hiziere.

4 Llegò a suceder enteramente en el dicho assenso dō Iacinto de Luna, el qual en la forma que se ha dicho dispuso del, vendiendo vna parte al dicho don Fernando de Meneses, con facultad Real, y hazlendo donacion irreuocable al dicho don Garcia de Cardenas del derecho que tenia de disponer para despues de sus dias del residuo del dicho censo, no dexando hijos legitimos, ibi: *Es a saber, que le dono el derecho que tengo para despues de mis dias, no dexādo hyos legitimos de legitimo matrimonio, à mil noue cientos y cinquenta y tres reales y siete marauedis de renta cada año.*

5 Suponese tambien, que el dicho don Fernando de Meneses, que comprò, como està dicho con faculta Real dos mil ducados de principal del dicho censo, otorgò vēta dellos, a fauor de D. Garcia de Cardenas, en cuyo derecho ha sucedido don Iuan Felipe, como su hijo, y heredero.

6 Suponese tambien, que el dicho don Iacinto de Luna no dexò hijos algunos, y instituyò por su heredero al dicho don Frācisco de Carauajal: el qual se ha mezclado en su herencia sin beneficio de inuentario.

7 Y su pretension la funda en dezir: que don Iacinto de Luna no pudo hazer en su perjuizio la dicha donacion a don Garcia de Cardenas, y que la venta de la parte del cēso, que hizo a don Fernando de Meneses, fue nula, por auerse obtenido la facultad, con siniestra relacion.

8 His ita præsupositis. Este informe se diuidira en dos articulos.

En

En el primero ſe fundarà, que el dicho D. Franciſco de Carauajal no tiene derecho para impugnar la dicha donacion.

9 En el ſegundo ſe ſatisfarà a las objecciones que ſe oponen contra la impoſicion del cenſo, hecha al dicho dõ Fernando de Meneſes.

10 Don Franciſco de Carauajal entra impugnando la donacion hecha por don Iacinto a don Garcia, como heredero del dicho don Iacinto: Porque es conſtante, que no tiene otro titulo para poderla impugnar, y eſte es de calidad, que notoriamente reſiſte a ſu pretenſion; por tres principios de derecho aſſentados, como dize *Paulo de Caſtro in l. cum à matre, C. de rei vindic.* El primero por la regla de la *ley vindicantem*, y de la ley *Seia, C. & ff. de euict. nam quem de euictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.* Y eſtando obligado como heredero a la euiccion, aſsi por la diſpoſicion de derecho, como por la expreſſa diſpoſicion de don Iacinto de Luna, tiene clara excepcion contra ſi para lo que pretende.

11 El ſegundo principio es de la ley *ex qua perſona, ff. de reg. iur. nam*, vt ibi: *Dicitur ex qua perſona quis lucrum capit eius factum tenetur approbare.*

11 El tercero es, quia perſona defuncti, & hæredis, reputatur vna, & eadem perſona, ex *authentico de iure iurãdo à morientibus præſtito in* §. 1. Y aſsi, de la ſuerte que dõ Iacinto de Luna no pudiera impugnar la dicha donaciõ, *l. poſt mortem, ff. de adopt.* Tampoco puede hazerlo el dicho don Franciſco Carauajal ſu heredero. Y dize Paulo de Caſtro, que eſta es la mejor, y mas general razon, & *eſt textus expreſſus in l. cum à matre, C. de rei vindicat. in fin* ibi: *Quod ſi venditricis obtinet hereditatem doli mali exceptione pro qua portione ad eum hereditas pertinet, vti non prohiberis, l. ſi venditrici, l. ſi fundum, C. de rebus alien. non alienandis, l. filium 31. ff. de liberali cauſa*, ibi: *Filiũ ob hoc quod patri hæres extitit prohiberi à patre ſuum ſeruum manumiſ-*

ſum

sum in seruitutem petere: porque su obligacion es la misma que tenia el q̃ enagenò, el qual como està dicho quedò obligado pro quo eis textus notabilis *in l. fin. §. emptor. vers. Bona fidei, C. commun. de leg. & ibi Bald. ad hoc notat, quod qui non potest rem alienare, nihilominus potest se obligare personaliter.*

13 Y esto procede, aunque el acto que trata de impũgnar el heredero sea nulo, *l. si ab eo, C. de liberali causa*, ibi: *Cum & si iure libertas non processit, respectu tamen aditæ hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit.* Y como dixo *Bald. in d. l. cum à matre, num. 3.* aunque alias la enagenacion no valga en perjuyzio del sucessor: pero el que hizo la enagenacion queda obligado; y esta obligacion passa al heredero: y assi aunque alias no siendo heredero pudiera impugnar la enagenacion, siendolo, està impossibilitado de hazerlo.

14 Y no obstarà si se dixere, que esto procede quando el heredero venit iure hereditario contra factum defuncti, pero no quando alio iure.

15 Lo primero, porque la *ley cum à matre*, y la *ley si venditrici*, y demas textos proceden aũque alio iure veniat, quam hereditario, & ita explicant ibi *Bald. & Salic. & alij & fatetur Pinelus in l. 1. C. de bonis maternis in 3. p. numer. 82. Cæsar* Barcius *decis. 64. num. 32.*

16 Lo segundo, porqne don Francisco de Carauajal, como hemos dicho, no tiene llamamiento alguno por donde pueda dezir tenia derecho a la sucesion del dicho censo, y solo puede fundar su pretension, en ser heredero del dicho don Iacinto de Luna, el qual como le instituyò a èl por heredero, pudo instituir a otro qualquiera de todo el genero humano. Y de aqui nace, quan poco fundamento tienen las ponderaciones que se hizieron a la vista, de que don Iacinto no recibio el derecho que tiene al dicho censo de don Iacinto de Luna, sino de doña Maria de Luna, y que assi no pudo perjudicar a don Francisco

de Carauajal con la dicha donacion, valiendose para esto de la *ley vnum ex familia 67. §. si de falcidia, ff. de leg. 2. vbi electus non dicitur capere ex liberalitate eligentis, sed eius qui iussit restitui cum quo consonat, l. pater ex prouincia 22. ff. de manum. vindict.* ibi: *Solam enim electionem filio concessit, cæterum ipse manumisit*, quæ iura cum alijs pluribus adducit *Ant. Gom. in l. 40. Tauri, num. 49. vers. Item adde.*

17 Porque la ley *vnum ex familia. §. si de falcidia*, y lo q̃ por ella dizen los Doctores, procede, quando tuuo obligacion precisa el eligente de eligir alguno de la familia, y solo quedò reseruado a su voluntad la prelacion: pero no quando como en nuestro caso tuuo facultad absoluta el que eligiò, de nombrar a quien quisiesse por heredero, ò de morir sin hazer el dicho llamamiento: Porque en este caso, es cierto que el electo recibe todo el derecho del eligente, y no del que le diò la facultad de eligir; y assi se tiene por liberalidad suya la eleccion, y para todos los efectos del derecho se considera como tal, pro quo est textus singularis *in l. vtrum 8. §. cum quidam, ff. de reb. dubijs cuius hæc sunt verba cum quidam pluribus heredibus institutis, vnius fideicõmisisset, vt cum moreretur, vni ex coheredibus cui ipse vellet restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum peruenisset, verissimum est vtile esse fideicommissum, nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat, plurimum enim interest vtrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si vellit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.*

18 Por las quales palabras se prueba claramente, que quando el testador no coartò al grauado a que eligiesse, sino que lo dexò a su disposicion, y facultad, la eleccion que hiziere se tiene por propria liberalidad, y el electo se dize, que lo que recibe es de mano del eligente, & ita tenet *Bart. per hunc text. in l. fideicommissa 11. §. si quis ita, ff. de leg. 3. l. 1. §. sciendum, ff. de legat. 3. l. si fundum*

per

per fideicommissum, §.*vlt*. & *l*. *seq*. *ff*. *de leg*. 1. *quæ iura ad hoc ponderat Paul*. *Castrens*. *in d.l.vnum ex familia*, §. *si de falcidia*, *ff*. *de leg*. 2. *Iasson in dict*. *l*. *si fundum in primo notabili*, *Surdus consil*. 29. *numea*. 18. *libr*. 1. *Peregrinus decis*. 106. *num*. 3. & *sequentibus*. El qual en el num. 6. siguiendo la doctrina de *Baldo* en la *ley voluntas*, *num*. 13. *C*. *de fideicommissis*, y refiriendo a *Geronimo Gabriel cons*. 132. *num*. 75. *lib*. 1. dize: *Quod capiens ex iudicio testatoris permissiuo dicitur capere ab herede*, & *ab eo grauari potest*. Y por esto el padre puede grauar en la legitima al substituto pupillar, ò a los llamados a la sucessión del pupilo ab intestato, porque como dize *Rodrigo Suarez in l*. *quoniã in prioribus limitat*. 1. *num*. 16. *C*. *de innof*. *testam*. Està en facultad del padre el substituir a quien quisiera, & poterat alium, quam electum vocare, & excludere, etiam veniẽtes ab intestato, ab hereditate pupilli, *latè Fussarius de substit*. *q*. 511. *per totam*, Tonduti *qq*. & *resol*. *ciuiliũ*, *cap*. 50 *à num*. 33. el qual en el *num*. 43. refiriendo algunos Autores de los citados, y otros, concluye diziendo, que por estas doctrinas obtuuo en vn pleyto, en que se le auia dexado facultad a vna muger para que dispusiesse ad libitum, a fauor de vno de sus hijos, el que se declarasse que auia podido grauar al electo, quia non à patre testatore, sed ab ipsa matre eligente bona ad eum deuenirent.

19 Y assi conforme a estas doctrinas, es cierto que don Francisco Carauajal no recibio la herencia de doña Maria de Luna, sino es de don Iacinto de Luna; pues no es dudable, tuuo en caso de no tener hijos facultad de instituir por heredero a quien quisiesse, y no queriendo instituirle, dexar el censo para que sucediessen los herederos ab intestato.

20 Con que parece que ni la *ley vnum ex familia*, §. *si de falcidia*, ni los demas textos concordantes son aplicables al caso presente.

Si

21 Si bien estos textos no hablã en caso en que fue vno instituido por heredero del que le eligio en virtud de la facultad, que para hazerlo tenia del testador, sino es quãdo aquel a quien se ha de restituir el fideicommisso, eligio vno en virtud de la dicha facultad, sin instituirle por heredero, ni dexarle otra cosa, quo casu non est mirum, quod illum grauare non posit cum nihil de suo præstitisse videatur, vt dicetur in dictis iuribus: Pero quando el electo fue heredero del que le eligiò ex dispositione testatoris) como lo es don Francisco de Carauajal de don Iacinto de Luna) no es dudable, que estarà obligado a passar por el grauamen q̃ por èl se le huuiere puesto, pro ea parte pro qua hereditas ad eum peruenerit, y no podrà impugnar la enagenacion de los bienes del fideicommisso, hecha por el que le instituyò por heredero, text. est singularis, & expressus in *l. filius familias*, §. *cum pater*, *ff. de leg*. 1. donde el hijo del que enagenò los bienes del fideicommisso contra el precepto del testador, no es admitido a la reuocacion de la enagenacion, siẽdo heredero del padre que los enagenò, y en este texto dizen Bart. y Paulo de Castro, que el sustituto que sucede al heredero grauado, no se admite a la reuocacion de la enagenacion de los bienes del fideicõmisso, no obstante la prohibicion del testador. Est etiam textus singularis in *l. vnum ex familia*, §. *sed si vno*, *ff. de leg*. 2. donde se dexò vn fideicommisso con prohibicion expressa de enagenarse fuera de la familia, y el fideicommissario enagenò algunos bienes contra la prohibicion expressa del fundador, è instituyò a vno de los de la familia por heredero, y dize el Iurisconsulto, que los demas de la familia podran pedir el fideicõmisso, como sino se huuiera enagenado, pero que el heredero doli exceptione repelletur, y dà la razon el texto, ibi: *Nam quæ ratio cæteros admittit, eadem tacitam inducit compensationem*, y explicando Bart. este texto, dize, q̃ esta tacita compensacion cõsiste, en q̃ el derecho q̃ el heredero tenia como vno de la familia

milia, para pedir el fideicōmisso le cōpensa cō la herēcia que se le dexò, y añade, *quod non est mirum quod hæres non possit impugnare alienationem fideicommissi factam à defuncto; cum & rem hæredis possit alienare ex l. vnum ex familia, §. si rem. ff. de leg. 2. idem probat. §. sed si fundum in principio vers. quod si alia,* donde dize Papiniano, que el fideicommisso dexado a la familia si se enagenare fuera della, no puede el heredero contrauenir à esta enagenaciō: el qual §. y los demas textos alegados, dieron tanto en que entēder a Pinelo *lib. 2. Selectarum. cap. 8. num. 29.* y à Peralta en el dicho §. n. 24. a quienes sigue *Carauallo, in repetit. ad cap. Rainaldus de testam. p. 2. num.* 381. (Autores) que en materia de mayorazgos siguieron la opinion, de que el heredero podia venir contra las enagenaciones hechas por su antecessor; que les obligaron a dar vna solucion diuinatoria, diziendo, que procede en mayorazgos, y fideicommissos perpetuos, y que los dichos textos hablan en fideicommissos temporales, y que no tienen tracto sucessiuo, ita Caruallo, vbi sup. ibi: *Nam pro responsione aduertendum est fideicommissum de quo in d. §. sed si fundum, non habere tractum successiuum, vt omnes scribētes,* ibi: *Admitunt. Paulus n. 3. Immol. nu.* 17. *Peralta n. 24. Segura in repetit. n.* 160. *Pinel. d. capit. 8. num. 29. quo casu cum fideicommissum extinguatur, vbi primum satisfactum est primæ successioni nihil mirum, si ab extraneo peti possit, nec heres vel alij illi posint contradicere.*

22 Y aunque esta solucion, como hemos dicho, es diuinatoria, y no ay palabras en los dichos textos de dōde pueda inducirse, sin embargo, aunque la admitamos, no solo no es contra don Iuan Felipe de Cardenas, sino que antes notoriamente califica su pretension, porque el fideicommisso se dexò a don Iacinto de Luna, con prohibicion de enagenarse en caso que tuuiesse hijos, y quiso la fundadora que passasse a ellos con el mismo grauamen; pero en caso que no los tuuiesse, quiso que los herederos sucediessen libremente; llegò este caso, con que el fideicommisso espirò con la muerte de Don Iacinto de Luna, y asi

aun conforme a la inteligencia de Pinelo, y de los demas autores, que dizen que el heredero, en materias de mayorazgos, puede impugnar la enagenacion de aquel de quiẽ es heredero, procede llanamente la pretension de D. Iuan Felipe de Cardenas.

23 Y es celebre para el caso la decis. 42. de Cesar Barcio, donde parece, que el pleyto fue sobre vna enagenacion de bienes de fideicommisso, hecha por don Iulio Parino, cuyo heredero fue don Nicolas: el qual trataba de reuocarla, y vindicar los bienes de los posseedores, y se dà por llano en la decision, que no podia impugnar don Nicolas la dicha enagenacion, porque espiraba en èl el fideicommisso (que es caso mas apretado que el nuestro, porque aqui espirò el fideicommisso en don Iacinto de Luna que hizo la donacion) ibi: *Neque obstat quod heres posit venire contra factum defuncti, quando defunctus adlibitum de re, de qua agitur disponere non poterat, vt puta, quia bona fideicommisso subiecta alienauerit, quæ alienari non possunt, l. fin C. communia de leg. scribentes in l. Marcellus, §. rei quæ ad S.C. Treb. Iob. Noni. cons. 39. n. 7. quia id procederet, quādo res vendita libere non esset effecta Dom. Nicolai cum fideicommissum à D. Ioanne iniunctum in eius persona expiret, quo casu heres tenetur habere ratam venditionem à defuncto factam, vt ex text. clarus in d. l. filius familias, §. cum pater de leg. 1. Bald. in d. l. cum à Matre n. 3. C. de reivindicat. Rod. Suarez in d. l. quoniam in prioribus ampl. 7. n. 11. in fine, vbi communem testatur. Neque etiam obstat, quod alienatio à prædicto D. Iulio facta, videatur ipso iure nulla, cum per D. Ioannem res fuerit prohibita alienatio, Doct. in l. filius familias, §. Diui, vbi præsertim Iaso. n. 66. ff. de leg. 1. & consequenter quod factum nullum defuncti hæres aprobare minime teneatur, Bart. in l. Lutius n. 4. ff. soluto matrim. & quod rē illegitime, ac inualide alienatam vendicare posit, Osascus decis. Pedemont. 179. n. 22. Nam licet alienatio facta à D. Iulio in præiuditium præfati D. Nicolai, non valeret, ipse tamē D. Iulius bene quidem obligatur ex suo contractu, & huiusmodi obligatio in eius heredem descendit, Bal. in d. l. cū à matre*

tre, numer. 3. verſ. item non obſtat, cum ſimilibus.

24 Y tambien es celebre la decisſion 64. del miſmo Ceſar Barcio, donde parece, que el caſo fue, que Camilo Calcinio, inſtituyò por herederos a Galeacio, Iulio, y Otauiano ſus hijos, con grauamen, de que ſi tuuieſſen hijos varones legitimos, y naturales, no pudieſſen enagenar los dichos bienes, y quiſo que el fideicommiſſo eſpiraſſe en los dichos ſus nietos. Llegò el caſo de ſuceder en el dicho fideicommiſſo don Scipion, hijo de D. Iulio, y tratò de vindicar algunos bienes del fideicommiſſo, que auia enagenado el dicho don Iulio, y declarò por ſentencias de viſta, y reuiſta la Rota Bononiēſe, que don Scipion no tenia accion para reuocar las enagenaciones hechas por ſu padre ſino que preciſamente deuia eſtar, y paſſar por ellas. Es vna deciſsion muy digna de verſe, porque los fundamentos que en ella ſe refieren ſon muy adaptables al hecho de eſte pleyto.

25 Y abſolute, & generaliter loquendo etiam, aunque el fideicommiſſo ſea perpetuo, que aunque la enagenacion de los bienes en èl comprehendidos, ſe aya hecho contra la prohibicion expreſſa del fundador, el heredero del que enagenò los dichos bienes, no puede reuocar la enagenacion dellos, lo funda doctamente Pedro Surdo en el cōſ. 284. vol. 2. donde habla en terminos de vna donacion, y funda latamente, que el heredero del fideicommiſſario, no puede impugnar la donacion hecha por el ſuſodicho de los bienes del fideicommiſſo, *& ita conſuluerunt Corn. conſ. 233. col. 2. vol. 3. Alexand. conſ. 3. in princ. vol. 3. Romanus, conſ. 18. n. 4. Ruinus, conſ. 48. n. 3. vol. 3. Roder. Suarez in repetit. legis quoniam in prioribus ampliat. 7. à nu. 7. per plures, C. de innof. teſtam. Menoc. conſ. 89. ex n. 34. Greg. Lop. in l. 25. tit. 4 p. 5. Padilla in d. l. vnum ex familia, §. 1. ex n. 12. Gutierrez lib. 3. pract. q. 41. & in terminis feudorum idem tenet Fachineus lib. 7. cap. 13. & cap. 18. & in maioratu loquens pulchre Bellon. conſ. 17. numer. 57. per plures,*

re-

refiriendo mas de sesenta Autores lo dize *Fussario de subſtitut.* en la *q.* 557. el qual en el *num.* 5. dize, que esta es la comun opinion; y habla en terminos tambien de mayorazgo, y entre los Autores que refiere, cita al señor *Luis de Molina de Hisp. primog. libr. 4. cap. 1. num. 21. & seqq. Mieres de maiorat. 4. p. q. 16. col. 2. vers. Quibus tamen non obstantibus.* Y aunque el señor *Luis de Molina* en el *numer.* 30.

26 Reconociendo esta opinion por llana, en materia de fideicommisso, dize, que en los mayorazgos de España, en que se trata de la perpetuidad, conseruaciõ y lustre de las familias, ha visto algunas vezes admitir la opinion de aquellos que dixeron, que el heredero podia vindicar los bienes del mayorazgo enagenados por su antecessor, quãdo el heredero hizo inuentario, y entregando todos los bienes hereditarios al comprador; porque esto lo requiere la vtilidad publica, por ocurrir al inconueniẽte, de que se acabassen los mayorazgos, y en breue tiempo faltasse la memoria del fundador, esto no es contra la pretension de don Iuan Felipe de Cardenas: porque no estamos en estos terminos, sino en terminos de la sucesion de vnos bienes, que fueron de fideicommisso, en la persona de dõ Iacinto de Luna, con cuya muerte espirò, y quedarõ los bienes con naturaleza de libres, en sus herederos; con que procede llanamente la resolucion del señor Luis de Molina, a fauor de don Iuan Felipe de Cardenas, mayormẽte atendiendo, a que conforme a su doctrina, el heredero deue auer hecho inuentario de los bienes de aquel a quiẽ sucediò, y entregarlos a aquel en quien se hizo la enagenacion de los bienes de mayorazgo, para que sea admitido a la vindicacion de los bienes del mayorazgo: todo lo qual falta en nuestro caso, con que aun quando estuuieramos en terminos de vn mayorazgo, que tuuiera tracto sucesiuo en que se tratara de la conseruacion de la familia, y fuera llamado a èl el dicho don Francisco de Carauajal

uajal, adhuc, conforme a lo dicho, no tenia accion para impugnar la dicha donacion.

27 Con que parece queda respondido a todas las ponderaciones que se pueden hazer de las palabras de la clausula en que se prohibe la enagenacion, pues conforme a los textos, y doctrinas referidas, aunque aya semejantes clausulas prohibitiuas, el heredero no puede impugnar la enagenacion de aquel de quien es heredero.

28 Todo lo hasta aqui discurrido, es en caso que don Iacinto de Luna huuiera contrauenido a la voluntad de su aguela en hazer la dicha donacion: pero aqui no estamos en este caso; porque don Iacinto obrò conforme a la voluntad de la dicha su aguela, la qual fue, de que el dicho don Iacinto, y sus hermanos, y hija tuuiessen para alimentarse conforme a su calidad; y esta fue la causa final de hazerles la dicha donacion, y la de prohibirles la enagenacion: y que esta fuesse su voluntad lo manifiesta en la clausula geminadas vezes, ibi: *La han de tener, posseer, y gozar para sus alimentos, para sustentarse conforme a su calidad.* Y en otra parte dize, ibi: *Y el dicho don Antonio de Luna, y sus hermanos ser pobres, y no tener con que poder sustentarse conforme a su calidad; que es la mayor causa que me mueue a hazer esta donacion*, quæ geminatio verborũ enixã volũtatẽ disponẽtis demõstrat, *l.* 1. *§. sciẽdum, ff. de adilitio edicto, l. Ballista ad Treb. cũ vulgatis* Y siendo esta la razon de la prohibicion, aũque las palabras que prohiben la enagenacion seã absolutas, y generales, se hã de restringir, y limitar por la razon expressa en la disposicion, *l cum pater, §. dulcissimis, ff. de leg.* 2. *l. Regula, §. licet, ff. de iuris, & facti ignorantia, l. vltima, ff. de hered. instit. Socinus cons.* 108. *num.* 3. *vol.* 3. *Beccius cons.* 62. *vol.* 15. *Surd. decis.* 19. *num.* 1. *pluribus relatis, Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib.* 1. 6 *tit.* 14 *à num.* 7. *per plures, vbi, quod voluntas testantis colligitur ex ratione expressa, & præfertur verborum significationi, & quod magis attendatur ratio, quam*

D di-

dictum, pluribus relatis tradit Decian. conſ. 11. nu. 118. Menochius conſ. 998. num. 13. Brunor. à Sole in locis commun. in verb. Ratio 2. nam vt inquit textus in cap. intelligentia 6. de verborum ſignificat. intelligentia dictorum ex cauſis eſt aſſumenda, l. 3. §. conditio. ff. de adim. leg. ibi: *Sed melius eſt ſenſum magis, quam verba amplecti, & ibi plures concordãtes, gloſ. adducit, & vt ait text in l. Pater Seuerinam 100. ff. de condit. & demonſtrat. in conditionibus teſtatorum voluntatem potius, quam verba conſiderari oportet, plura adducit Tiraq. in l. ſi vnquam, verbo, Libertis, num. 47. C. de reuocand. donat.* Y que la prohibicion de la enagenacion, aũque ſea general, y abſoluta, ſe reſtringe, y limita por la razon expreſſada en la diſpoſicion, alijs relatis lo dize Fuſario de ſubſtit. q. 678. num. 8. ibi: *Sic è contra prohibitio alienationis reſtringitur à ratione expreſſa, ita vt licet prohibitio videatur generalis, nihilominus ſi fiat alienatio per quam non lædatur ratio, & mens teſtatoris ſubſtinebitur. Angel. conſ. 169. ſuper puncto, col. 1. & 2. quem refert, & ſequitur alios multos adducendo, Maſcard. de probat. concluſ. 1236. num. 85. Petra de fideicom. q. 5. num. 81.*

29 De que reſulta, que ſiendo la voluntad de la fundadora, el que el dicho don Iacinto, y ſus hijos, y hermanos tuuieſſen con que poderſe ſuſtentar, y auiendo ſido el fin de la donacion eſte, y la cauſa de prohibir la enagenacion, ſe debe reſtringir, y limitar la generalidad de la prohibicion, por la razon referida: Con que ſiendo cierto, que don Iacinto ſe reſeruò el vſufructo por los dias de ſu vida, ibi: *Reſeruãdo como reſeruo el vſufruto por mis dias de lo que me falta de ceder del dicho cenſo.* Y ſiendo cierto que hizo la donacion en caſo de no tener hijos.

30 No ſe puede dudar cumpliò con la voluntad de ſu aguela, y que en eſte caſo ceſsò la cauſa de la prohibiciõ, qua ceſſante, & ceſſat prohibitio ex vulgata, *l. adigere 6. §. quamvis, ff. de iure patronatus.* Y quando no huuiera expreſ-

pressado la dicha doña Maria de Luna, que su voluntad fue, la que hemos dicho, se debia interpretar, y declarar assi. Lo primero, porque si se entendiera general, y absolutamente la dicha prohibicion, y no en la forma referida, se seguia, que vinieran a ser de mejor calidad los estraños, y no conocidos, a quienes no pudo tener afecciõ la dicha doña Maria de Meneses, que sus nietos, pues a ellos les estaua prohibido, el poder disponer de los dichos bienes por via de donacion, ò otro genero de enagenacion, lo qual no les estaua prohibido a los herederos estraños, quod est absurdum; y la voluntad del testador se ha de interpretar de suerte, que no parezca que quiso preferir los estraños a los propios, *l. cum auus 102. ff. de condit. & demonstrat. l. cum accutissimi, C. de fideicom. cum latè adductis Casanate cons. 15. num. 25. Castillo lib. 5. controuers. cap. 84. ex numer. 29.* Y siempre la disposicion se ha de interpretar de suerte, que sea razonable, y conforme a lo que qualquiera hombre prudente hiziera, como lo dixo el Consulto en la *ley Saluius Aristo, ff. de leg. præstãdis, l. Lucius 85. in fine,* ibi: *Nam prudens Consilium testantis animaduertitur, ff. de hered. instit. cũ latè adductis à Cravet. cons. 656. à num. 12. lib. 4. Alex. Raudens. resp. 35. numer. 95. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 14. à numer. 4.* Y assi se ha de interpretar la dicha disposicion en la forma referida, porque lo contrario fuera auer hecho vua disposicion fatua, y agena de toda razon, pues no la auia para que fuessen de peor calidad los nietos de la fundadora, a quien conforme el orden natural debio tener afeccion, que los estraños, y no conocidos, a quienes no pudo tenerla.

31 De que resulta, que la dicha prohibicion solamente se puso a fauor de los nietos de la fundadora, y sus descendientes, pero no respecto de los estraños; y auiendose puesto por razon dellos, no perjudicandoseles en nada por la dicha donacion, pues la hizo don Iacinto en caso

de

de no tener hijos (sin los quales muriò) no ay razon para impugnar la dicha donacion. Y esta razon sola bastara; *Angelus cons. 169. col. 1. & 2. pulchre Surdus cons. 77. numer. 38.*

32 Quibus additur, el que la dicha prohibicion se dixera que estaua puesta en fauor de los herederos que nombrasse don Iacinto, siendo estos personas inciertas, aun quando cessaran las razones referidas, no era de consideracion: Porque la prohibicion de enagenar hecha respecto de personas inciertas, es inualida, *l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulg. & pup. Alciat. in l. filius familias, §. Diui, col. 7. & col. seq. vers. Quod exemplum, ff. de leg. 1. Fussario de substit. q. 685. n. 13.* dõde dize, q̃ aunq̃ la prohibiciõ de enagenar puesta fauore incertæ personę de certo tamen genere, vt prohibitio facta fauore familiæ, sustineatur, *per l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2.* pero que quando la prohibicion es hecha causæ personæ incertæ de incertis (como en nuestro caso) lo fuera, si se entendiera la clausula como quiere don Francisco Carauajal, es inualida la dicha prohibicion.

33 Y siendo cierto, que el prohibir la enagenacion, fue solo por los dias de la vida de don Iacinto, y en fauor suyo, y de sus descendientes, no es dudable pudo hazer la dicha donacion: porque aunque la donacion fue en vida, la execucion quedò diferida hasta despues de la muerte del dicho don Iacinto; y no se ha de atender al tiempo en que se haze la disposicion, sino al tiempo en que se confiere su execucion, *vt notant DD. in l. quod sponsæ 4. C. de donat. ante nup. l. in tempus, ff. de hered. instit. l. stichus seruus meus, ff. de manum. testam. l. eum qui, ff. de iurisdict. omnium iudicum, l. si res, & ibi Bal. ff. de iure dotium, l. si sponsus, § si vxor. & ibi Bart. & iterum, l. cum hic status, §. si sponsus, ff. de donat. inter virum, & vxorem. Velasc. consultat. 77. num. 4. Mascad. de probat. conclus. 1076. numer. 1. Stephanus Gratianus discept. forens. cap. 712. num. 1. Tiraq de iure primog. q. 40. num. 178.*

Y es

34 Y es buen texto para el propoſito la *ley pater filium, § fundum Titianum, ff. de leg.3.* donde parece que dexò vno a ſu hijo el fundo Titiano, y le prohibiò la enagenacion durante los dias de ſu vida: y en caſo de contrauenir a la prohibicion, quiſo que eſte fundo perteneciesse al Fiſco. Sucediò que el hijo retuuo el fundo por los dias de ſu vida (que es lo miſmo que hizo don Iacinto, pues ſe reſeruò el goze del cenſo durante los dias de ſu vida, y ſolamente donò el derecho que tenia para deſpues de ſus dias) Dudoſe, ſi auiendo dexado a alguno eſte fundo para deſpues de ſus dias, debia ſubſiſtir eſta diſpoſicion: y dize el Iuriſconſulto, que ſi, y que eſto ſe colige de la voluntad del difunto, que fue ſolo de que no lo enagenaſſe en vida; pero no de prohibirle el que lo dexaſſe a quiẽ quiſieſſe para deſpues de ſus dias, *& hinc, & ex hoc textu inferunt DD. quod prohibitus alienare in vita, non cenſetur prohibitus alienare, vt poſt mortem ſubſiſtat alienatio, Alex. conſ. 320. n.2. lib. 1. Pariſij conſ. 58. num. 10. lib. 2. Riminald. Iunior, conſ. 394. n. 81. & ſeqq. lib. 4. Caphalo conſ. 153. n. 6. Surd. conſ. 77. num. 23. & ſeqq.*

35 Y aũq̃ la facultad de diſponer huuiera ſido limitada ſolamente, para q̃ al tiẽpo de la muerte pudieſſe nombrar D. Iacinto quiẽ ſucedieſſe en el dicho cenſo, y huuiera ſido la eleccion inualida, è ineficaz deſde ſu principio, no auiendoſe reuocado ante mortem eligentis, vel diſponẽtis, quedaua confirmada con ſu muerte, y es lo miſmo q̃ ſi en ſu teſtamento debaxo de cuya diſpoſicion murio, & tempore mortis, huuiera dexado a don Garcia el dicho cenſo para deſpues de ſus dias, *docte Caldas de poteſtate eligendi, lib. 3. cap. 2. n. 17. & eodem lib. 3. cap. 3. n 15. & 16. Surd. conſ. 264. nu. 27. Tonduti qq. & reſol. ciuil. cap. 50. num. 50.*

36 Con que de qualquiera ſuerte que ſe conſidere la dicha donacion, y mirada a todas luzes, no ay fundamento para ſer impugnada por el dicho don Franciſco de Carauajal.

37 Yaunque con lo dicho en este primer articulo estaua bastantemente satisfecho a lo que se opone contra la imposicion de censo, que hizo don Iacinto a fauor de dõ Fernando de Meneses de dos mil ducados de principal.

38 En cuyo derecho ha sucedido don Iuan Felipe de Cardenas, como heredero de don Garcia su padre, a quien vẽdio la dicha parte de censo el dicho don Fernando, porq̃ si no puede impugnar la donacion hecha a don Garcia, no avrà fundamento tampoco para impugnar la vẽta, pues cõforme a las doctrinas referidas, ningun genero de enagenacion hecha por D. Iacinto, puede impugnar D. Francisco de Carauajal, por ser su heredero, y no tener otro titulo: el qual, como diximos, numer. notoriamente resiste a su pretension.

39 Sed nihilominus, para que se reconozca, quan debiles son las obiecciones que se hazen, responderemos breuemente.

40 Dizese por la parte contraria, que la facultad que se le concedio a don Iacinto, fue para imponer el dicho cẽso de dos mil ducados sobre los bienes de su mayorazgo, y que estos bienes sobre que le impuso, no lo son: lo qual se conuence claramente.

41 Lo primero, porque la parte contraria en su primera peticion tiene confessado, que son de vinculo, y mayorazgo, y en esto funda su pretẽsion para impugnar la enagenacion, y quando se pidio la dicha facultad, no es dudable, que los dichos bienes eran vinculados, y de mayorazgo: y que en caso que huuieran quedado hijos de don Iacinto, lo fueran como claramente consta por la clausula de la fundacion, porque en la dicha clausula se pone prohibicion de enagenacion en este caso, y se hazen llamamientos en la forma ordinaria, prefiriendo el mayor al

me-

menor, que es lo que considera el señor Luis de Molina. vbi eius addit, para que se entienda auerse fundado mayorazgo, *lib.* 1 *cap.* 5. *num.* 16. & 29. si bien no es necessario recurrir a esto, supuesto q̃ expresamente en la dicha clausula, la fundadora dize, que haze vinculo de los dichos bienes: lo qual es lo mismo que si huuiera dicho, que fundaua mayorazgo, *Mieres de maiorat. initio* 1. *p. num.* 4. *per totum, & cum Angulo, & alijs, Castillo lib.* 2. *rerum quotid. cap.* 22. *n.* 42. & 43.

42 Con q̃ es cierto q̃ la relacion que se hizo a su Mageſtad para obtener la facultad, fue verdadera; y que fuesse sobre estos bienes, y no sobre otros, es cierto, pues no cõsta, ni puede, que tuuiesse otro mayorazgo el dicho D. Iacinto; con que se reconoce, quan poco fundamento tiene esta objeccion, fuera, de que si dize que no era mayorazgo, se sigue claramente, que no tuuo necessidad de facultad, pues solamente es necessaria para la enagenacion de los bienes de mayorazgos.

43 Vltra de que si auiendose hecho relacion a su Mag. que eran bienes de mayorazgo, concedio la facultad para imponer a censo los dichos dos mil ducados, mucho mejor concediera la dicha facultad, si se le hiziera relacion, que en caso de no tener hijos el dicho don Iacinto, quedauan los bienes libres, y todas las vezes q̃ se dexa de hazer relaciõ a su Mag. de alguna circunstancia, q̃ expresada, no pudo retardar la gracia, no es de cõsideraciõ la taciturnidad, ni induce subrepcion. *Cap. super litteris de rescriptis capit. dudum vers. considerantes de prebendis in* 6. *cap. si pro clericis pauperibus eodem lib.* 6. *D. Couu. lib.* 1. *var. cap.* 20. *num.* 1. *vers.* 2. *Gutier. Canonic. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 32. & 33 *D. Solorçan. lib.* 2. *de Indiar. guuernat. capit.* 8. *num.* 70. *Menochio de arbitrarijs casu* 201. *n.* 24.

44 Ni tampoco obsta lo que se dize, en quanto a no auer hecho relacion a su Mageſtad, de que la fundacion del dicho vinculo tenia clausula, de que no se pidiesse facultad

a su

a ſu Mageſtad para enagenar el dicho cenſo.

45 Porque de ſemejantes clauſulas como eſtas, nō es neceſſario hazer relacion a ſu Mageſtad, pues no es dudable, que auiendo cauſas legitimas, como las huuo quando concedio la dicha facultad, puede concederla, aunque ſea contra la prohibicion del fundador, *vt tenet D. Molina lib.4.cap.3.num.*28. Y aſsi no es neceſſario hazer relaciō deſta clauſula, por ſer nula, y de ninguna eficacia, y no poder reſtringir la poteſtad de ſu Mageſtad, *D. Molina d.c.3.num.32.verſ.ſed his non obſtantibus*, donde funda latamente eſta concluſion, y dize, que procede, aunque en caſo de pedir la facultad ſe diſponga quede priuado el que la pidiere del mayorazgo: la qual pena no ſe halla en nueſtro caſo.

46 Ex quibus parece, que la pretenſion de D. Iuan Felipe de Cardenas, es juſtificada. Salua, &c.

El Lic. D. Pedro Fernandez de Miñano